



POLÍTICA CRIMINAL EN MATERIA DE DIVERSIDAD CULTURAL Y EXTRANJERÍA

Máster en Derecho penal y Política criminal
Fátima Cisneros Ávila
Universidad de Málaga

Retos del Derecho penal ante la diversidad cultural



La multiculturalidad como factor determinante de la estructura social



La gestión de la diversidad cultural



Un reto para el ordenamiento jurídico



La multiculturalidad como factor determinante de la realidad social

EL CONCEPTO DE CULTURA

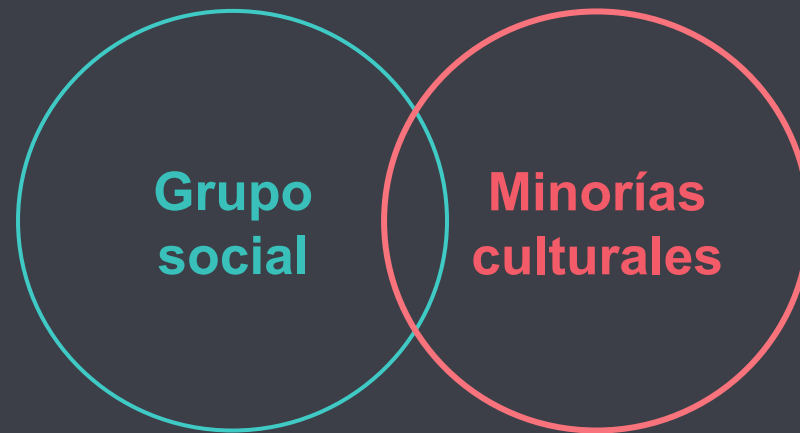
- ❖ ¿Por qué es necesario definir qué es la cultura?
- ❖ Origen etimológico de la palabra
- ❖ Concepto universalista vs concepto relativista de cultura
- ❖ La construcción antropológica de cultura



Cultura

“Trama de significación fruto de un contexto determinado”

AGENTES DE LA DIVERSIDAD



- ✧ Grupo social: sentido amplio vs sentido estricto
- ✧ Concepto de minoría: elementos definitorios
- ✧ ¿Qué aspectos distinguen un grupo social de una minoría cultural?

El concepto de minoría cultural

- Elemento común con el concepto de grupo social: características o rasgos identitarios compartidos por sus miembros.
- Aspectos claves en la definición de minoría. Triple perspectiva (Prieto Sanchís: 1994)

Ético- política

“Las minorías se caracterizan por profesar creencias tenidas por extrañas en la sociedad o por proponer un modo de vida diferente o incluso reprochable”

Sociológica

Aspecto cuantitativo. Inferioridad numérica respecto de la mayoría.

¿Elemento determinante?

Jurídica

Situación de las minorías dentro del ordenamiento jurídico. Tratamiento desventajoso en base a sus rasgos culturales.



Minoría cultural

“Las minorías se definen desde una perspectiva externa, en base al contexto en el que el grupo se inserta y se relaciona con otros”

La definición de minoría en el Derecho internacional

Ámbito de las Naciones Unidas

- Antecedentes: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1962. Artículo 27.
- Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derecho Humanos
- Definición de F. Capotorti (1977): “un grupo **numéricamente inferior** al resto de la población de un Estado, en **situación no dominante** cuyos miembros, súbditos del Estados, poseen desde el punto de vista étnico, religioso o lingüístico unas características que difieren de las del resto de la población y manifiestan incluso de modo implícito un sentimiento de solidaridad al objeto de conservar su cultura, sus tradiciones, su religión, o su idioma”.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas. Artículo 1 y 2.

Ámbito Europeo

- Recomendación 1255 de 1995 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la protección de las minorías nacionales. Cinco elementos de la definición de minoría
 1. Residir en el territorio de un Estado
 2. Lazos firmes con ese Estado
 3. Características culturales comunes
 4. Inferioridad numérica
 5. Interés por preservar su propia cultura
- Unión Europea. No definición expresa.



Mayoría vs minorías

Hegemonía vs dominación

Configuración de las sociedades multiculturales

La diversidad como una realidad compleja: distintas fuentes de diversidad y diferentes modelos de sociedades multiculturales

Nacimiento del Estado multicultural: del modelo de Estado-nación a las sociedades plurales.

-Aparición del Estado-nación: sociedades como conglomerados homogéneos de sujetos. Soberanía de una única autoridad. Modelo cultural único. Monopolio de la producción normativa.

-Crisis del Estado-nación: la unidad cultural es puesta en entredicho. **¿Causa principal?**

Configuración de las sociedades multiculturales

Fuentes de la diversidad

- Factores internos
- Factores externos

Clasificación de Will Kymlicka: Estados multinacionales y Estados poliétnicos

¿Resulta del todo válida esta clasificación?

Modelos de sociedades multiculturales

Modelo americano

Estados Unidos: poblaciones autóctonas e inmigración arraigada. *Melting pot* americano.

Modelo europeo: minorías nacionales o lingüísticas e inmigración producida durante la segunda mitad del siglo XX con falta de arraigo cultural.

Modelo de Latinoamérica: pueblos indígenas (pluralismo cultural y jurídico)



?

**¿Es España un Estado
multicultural?**

El modelo de diversidad en España

Modelo complejo: factores internos + factores externos



● **Minorías nacionales y lingüísticas**

○ España como país “plurinacional”. Configuración históricamente “fragmentada”.

Existencia de minorías nacionales: Cataluña, País Vasco, Galicia o Navarra.

Focos de reivindicaciones políticas de reconocimiento: movimientos nacionalistas de carácter regional.

Pluralismo lingüístico

Reconocimiento en la Constitución Española (artículo 3).

La inmigración como “nueva” fuente de diversidad

Total población extranjera: **4.549.858** (Datos INE enero 2017)

Perspectivas de análisis

Perspectiva cuantitativa: relevancia numérica de la inmigración.

- **Años 50/ 60.** España como emisor de población emigrante. Emigración económica, masiva y temporal. Poca inmigración y culturalmente cercana.
- **Década de los 80 y finales de los 90.** Se alcanza la cifra del millón de inmigrantes y se diversifica su origen. Entrada de España en la UE = nuevos compromisos internacionales. Aprobación de la *LO 7/1985 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*.
- **Década de los 2000.** Se supera la cifra del millón de inmigrantes. Bonanza económica y mano de obra barata. Segunda generación de inmigrantes. Se aprueba la *LO 4/2000 sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*.

La inmigración como “nueva” fuente de diversidad

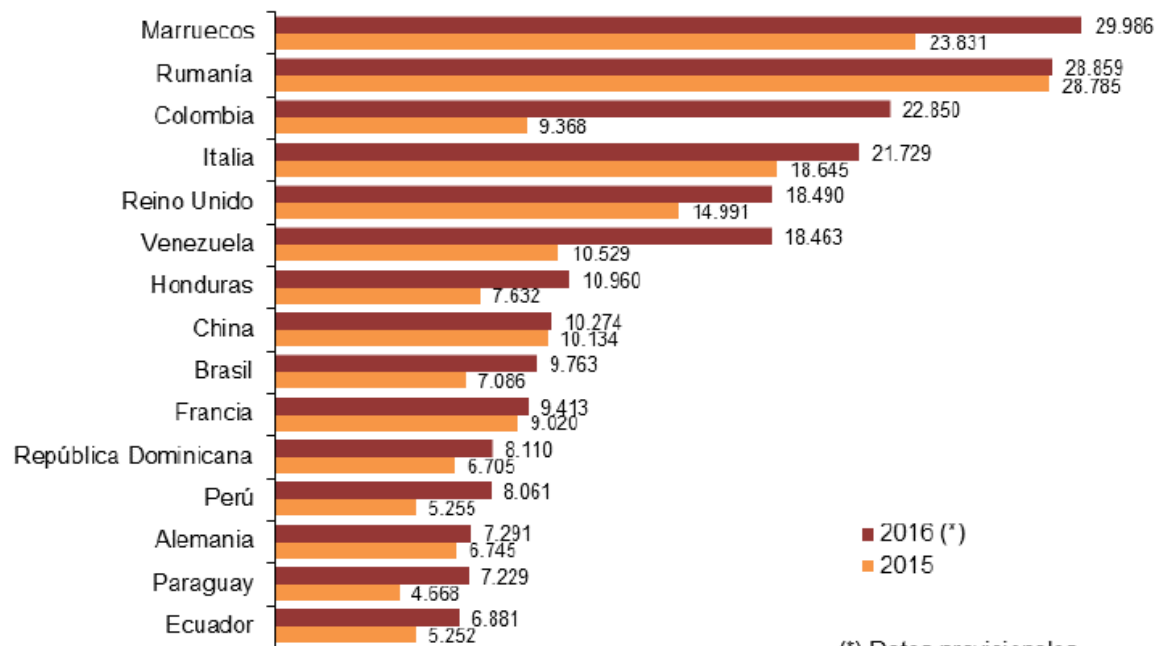
Perspectiva cualitativa: características culturales de la inmigración.

Construcción de la imagen del inmigrante como “el otro” culturalmente diferente.

Aumento de la población inmigrante y diversificación de sus lugares de origen = nuevos modelos culturales en la sociedad española.

¿Cómo se ha percibido al inmigrante por parte de la sociedad española?

Inmigración de población extranjera por nacionalidad 2015- 2016



(*) Datos provisionales

Fuente: INE

La comunidad gitana en España

Presencia histórica en el territorio nacional + rasgos étnicos y culturales propios = fuente de diversidad

Antecedentes

- En España desde comienzos del siglo XV
- Objeto de persecución: Pragmática de Medina del Campo (Reyes Católicos, 1499). Siglo XX: fin de la persecución.

Aun así.... **FUERTE ESTIGMA SOCIAL**



La gestión de la diversidad cultural

● Retos teóricos de la diversidad cultural

De la perspectiva descriptiva a la gestión de la diversidad.

¿Qué retos nos plantean las sociedades multiculturales?

Globalización: mundialización de la cultura vs reafirmación de las identidades particulares

Gestión de la diversidad: *“Reflexión sobre el modelo, tanto teórico como jurídico- político, que pueda hacer convivir pacíficamente a los distintos grupos”* (Marcos del Cano: 2008)

● Retos teóricos de la diversidad cultural

○ Aspectos polémicos

- La cultura y su presencia en la esfera pública
- Derechos colectivos y minorías culturales
- Paradigma redistributivo vs paradigma del reconocimiento

La cultura y su presencia en la esfera pública

Cultura: criterio interpretativo de la realidad

El papel de la cultura de una persona dentro de una comunidad, ¿más allá del ámbito privado?

Posiciones teóricas

Yo desvinculado	Sujeto aislado del contexto en el que se integra. Liberalismo	Neutralidad estatal
Yo social	Construcción dialogada de la personalidad. Comunitarismo	Necesidad de proteger y promocionar la cultural

La cultura y su presencia en la esfera pública

Liberalismo

- Neutralidad estatal. No protección de ninguna cultura particular.
- La cultura pasa al ámbito privado del individuo.
- Protección de la cultura a través de los derechos individuales (libertad de expresión, libertad de conciencia...). Liberalismo conservador.

Comunitarismo y multiculturalismo

- Vinculación cultura y personalidad
- La neutralidad tiene efectos negativos
- Política de la diferencia: reconocimiento de derechos diferenciados que permiten el disfrute de la identidad cultural de las minorías.

Derechos colectivos y minorías culturales

Titularidad subjetiva de los Derechos

Titularidad individual

- Sujeto como único capaz de ser titular de derechos.
- El grupo es el reflejo de las necesidades individuales.
- No reconocimiento de derechos colectivos.

Titularidad colectiva

- La colectividad existe como una realidad independiente del individuo.
- Características de los grupos titulares de derechos colectivos.
 - Elementos objetivos que los identifiquen como colectividad
 - Voluntad de conservar la identidad común
 - Situación de desventaja (concepto de minoría cultural)

¿Son incompatibles?

Paradigma redistributivo vs paradigma del reconocimiento

Dos modelos distintos de concebir y de solucionar las situaciones de desventajas de las minorías dentro de una sociedad multicultural

Modelo redistributivo

- Visión restringida de la justicia social: distribución moralmente correcta de beneficios y cargas
- Sociedad atomizada
- Equidad material

Modelo del reconocimiento

- Carácter social del sujeto
- La igualdad como diferenciación
- La justicia social es algo más que un reparto equitativo de bienes
- Reconocimiento de mi identidad cultural

Políticas de gestión de la diversidad cultural

Liberalismo

- Base ideológica en el pensamiento liberal. Reacción al Antiguo Régimen
- Fundamentado en la libertad del individuo. Autonomía como valor fundamenta.

Elementos

- Cultura en el ámbito privado. Yo desvinculado
- Neutralidad estatal y universalismo. Laicismo cultural

Críticas al modelo liberal

- Vínculo entre sujeto y comunidad
- Falsa neutralidad

Comunitarismo

- Reacción al liberalismo
- Conglomerado de elaboraciones teóricas

Elementos

- Yo social.
- Necesidad de proteger la identidad cultural por ser un aspecto fundamental del sujeto
- Reconocimiento del valor de todas las culturas. Relativismo cultural
- Rechazo de la “falsa neutralidad” y del universalismo

ASIMILACIONISMO - SEGREGACIONISMO

Políticas de gestión de la diversidad cultural

Más allá del liberalismo y el comunitarismo...

- Multiculturalismo
- Interculturalismo
- Republicanismo



Un reto para el ordenamiento jurídico

Multiculturalidad y Derecho

Diversidad cultural = realidad compleja

¿Qué papel juega o debe jugar el Derecho en una sociedad multicultural?

Instrumento de gestión de las reivindicaciones de las minorías y de las situaciones conflictivas. (Diferentes opciones)

Normas sobre discriminación, reconocimiento de la igualdad...

MODELO JURÍDICO DE PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS

Modelo jurídico de protección de las minorías

Modelo español: basado en las características de la sociedad multicultural española.

Dos elementos principales

Protección del pluralismo interno. Minorías lingüísticas y nacionales

- Pluralismo religioso: reducido tras la Reconquista.
- Queda cierta diversidad interna: minorías nacionales y lingüísticas
- Tendencia general al reconocimiento de esta diversidad, salvo algunos episodios “oscuros”.
- Pieza clave: **Constitución española de 1978** ¿Existe mención expresa y reconocimiento de la diversidad como valor superior del ordenamiento?

Artículo 2 CE: “La constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación español, patria común e indivisible de todos los españoles y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre ellas”.

Reconocimiento del pluralismo lingüístico (artículo 3 CE)

Modelo jurídico de protección de las minorías

Protección del pluralismo causado por factores externos

- La intervención del ordenamiento jurídico se produce en un doble plano
 1. Protección frente a la discriminación
 2. Integración de las minorías culturales

Instrumentos del ordenamiento para luchar contra la discriminación

- Reconocimiento del principio del igualdad

Como valor superior del ordenamiento. Artículo 1 CE (Relación ciudadanos-Estado).

En el artículo 14 CE: “prohibición de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión...” (Relación entre ciudadanos).

Igualdad material: artículo 9.2 CE. Promover las condiciones de libertad e igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran.

- Libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 CE.
- Libertad de conciencia y religiosa. Artículo 16 CE. Acuerdos con las confesiones religiosas.

Modelo jurídico de protección de las minorías

Protección del pluralismo causado por factores externos

Instrumentos del ordenamiento para luchar contra la discriminación

- Las necesidades de la inmigración van más allá del reconocimiento de la igualdad y de la prohibición de la discriminación. Integración.
- Necesidad de iniciar un proceso de entendimiento en el que se reformulen las bases de la relación en torno a valores compartidos.
- Aprobación de la Ley 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Concede derechos de ciudadanía a los extranjeros, regulares o no (participación política, derecho de reunión y manifestación, derecho a la educación...).
- La ley 4/2000 asume aparentemente una visión positiva de la diversidad: necesidad de articular un marco de convivencia. Sin embargo...¿límites a la tolerancia? Constitución y declaraciones de Derechos.

“No puede alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o costumbres contrarios a las mismas”

Las respuestas desde el Derecho penal

Conflictos fruto de la convivencia multicultural (extrañamiento cultural): reacción por parte del Derecho penal a los casos más graves.

Doble función del Derecho penal

- Rechazo de las conductas de discriminación.
- Reacción frente a nuevas realidades delictivas. Mutilaciones genitales femeninas y matrimonios forzados

El Derecho penal antidiscriminatorio

Clasificación	Tipo penal	Conducta
Medidas antidiscriminación genéricas	Artículo 607	Delito de genocidio
	Artículo 510. 1 a)	Fomento, promoción, incitación directa o indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia
	Artículo 510. 1 c)	Negación, enaltecimiento de genocidio
	Artículo 515. 4	Asociaciones ilícitas (fomento discriminación)
	Artículo 22.4º	Agravante de discriminación
Medidas antidiscriminación específicas	Artículo 314	Discriminación en el empleo
	Artículo 511 y 512	Denegación de prestaciones públicas y privadas
	Artículo 197. 5	Agravación en delito revelación de secretos
	Artículo 170	Amenazas dirigidas a un grupo concreto

Nuevas realidades delictivas

Mutilaciones genitales femeninas

Matrimonios forzados

Características

- Conductas vinculadas a la inmigración
- Comportamientos que son una tradición aceptada dentro de algunas culturas
- Delito en el Código penal español por atentar contra bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento

Reacción del legislador español: tipificación expresa

Figuras penales vinculadas a la diversidad

Delito de mutilaciones genitales: artículo 149.2 CP

- Incorporado al Código penal por la LO 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros
- En el título III del libro II del CP. Delitos contra la integridad física.

Críticas a la tipificación

- Ausencia de laguna legal
- No contempla un mayor reproche

Figuras penales vinculadas a la diversidad

Delito de matrimonio forzado: artículo 172 bis CP

- Incorporado por la LO 1/2015
- Argumentos: compromisos internacionales suscritos por España
- En el capítulo III (coacciones) del título VI (delitos contra la libertad), libro II.
- Dificultades interpretativas del tipo: intimidación grave
- Problemas concursales

Críticas a la tipificación

- Ausencia de laguna legal y de obligación de tipificación expresa
- No contempla mayor reproche

● Los delitos culturalmente motivados

Comportamiento culturalmente motivado

Conductas realizadas conforme a unas pautas culturales interiorizadas por el sujeto, en torno a las cuales entiende el mundo.

Reacciones por parte de la sociedad

- Aceptación desde el plano de la tolerancia
- Colisión con los valores de la cultura mayoritaria. **Delitos culturalmente motivados** (*Cultural offences*).

Elementos de los DCM

- Pertenencia del autor a una cultura minoritaria
- La conducta debe constituir una tradición en la cultura de pertenencia.
- Existencia de una motivación cultural. Coincidencia de reacciones.
- Conflicto grave entre la cultura mayoritaria y la de referencia del autor.

● Los delitos culturalmente motivados

Modulación de la responsabilidad penal. **Excepción cultural**

○ Soluciones desde las categorías de la Teoría Jurídica del delito

- **Tipicidad.** Adecuación social de la conducta
- **Antijuridicidad.** Ejercicio legítimo de un derecho. STC 154/2002 (Caso transfusión del sangre)
- **Culpabilidad.** Supone la postura mayoritaria.
 - Causa de inimputabilidad. Alteración en la percepción y anomalía psíquica
 - Error de prohibición. Postura mayoritaria en la jurisprudencia (STS 547/ 2009, de 19 de mayo. Caso abusos sexuales; SAP Rioja 55/2009, de 9 de marzo. Caso abusos sexuales)